



יעילות, לוגיקה מוסדית ותרופות חוקתיות: שלוש הערות על פסק דין Floyd v. City of New York

אדם שנער*

א. מבוא. ב. יעילות. ג. לוגיקה מוסדית. ד. תרופות חוקתיות. ה. ומה בישראל?

א. מבוא

בפסק דינו בעניין Floyd v. City of New York, קבע בית המשפט המחוזי הפדרלי בניו-יורק, כי מדיניות עיכוב וחיפוש (stop & frisk) שמפעילה משטרת העיר ניו-יורק אינה חוקתית. בית המשפט נימק החלטה זו בכך שהמדיניות נוגדת את התיקונים הרביעי והארבעה עשר לחוקה הפדרלית האמריקנית.¹ בתמצית, מדיניות עיכוב וחיפוש הושתתה בעקיפין על קריטריונים גזעיים (פרופיילינג), בהתבסס על תלונות קרבנות. כך, מכיוון שרוב תלונות הנפגעים זיהו את העבריין כאדם שחור או היספאני, התמקדו השוטרים באוכלוסיות אלה באופן העולה על שיעורם הכללי באוכלוסייה. ניתוח סטטיסטי אף הוביל למסקנה כי הרף שבגיננו מעכבים שחורים והיספאנים היה בפועל נמוך יותר מהרף שבגיננו מעכבים לבנים. ואולם, כפי שקבע בית המשפט, בהיעדר מידע ספציפי על ביצוע עברה קונקרטי, לא ניתן לעצור אדם אך בשל השתייכותו לקבוצה שסטטיסטית לחבריה אחוז גבוה יותר במעורבות בביצוע פשעים. הקריטריון הגזעי משמש כאחד הקריטריונים העיקריים לעצירתו של אדם, ומדיניות העיכוב כולה מבוססת על שימוש נרחב בקריטריון זה, הגם שבאופן עקיף, הרי שמדובר הן בעיכוב וחיפוש בלתי-סבירים, והן בהפליה מחמת גזע המנוגדים לחוקה.

עם פרסום ההחלטה מיהר ראש עיריית ניו-יורק, מייקל בלומברג, לגנותה. בלומברג טען כי השופטת היא "סתם אישה שלא מבינה בשיטור" והבטיח לערער על פסק הדין.² לדברי בלומברג, פסק הדין מסכן את חייהם של תושבי ניו-יורק ונוטל מהמשטרה כלי אפקטיבי למניעת פשע. בלומברג והמשטרה טענו שמטרת מדיניות עיכוב וחיפוש היא לסלק את כלי הנשק מרחובות ניו-יורק. ואכן, בשנת 2011 לדוגמה, נמצאו 770 כלי נשק במסגרת

* מרצה, בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

¹ לתיאור מקיף של פסק הדין, ראו רשימתי בגיליון זה: אדם שנער "תקציר פסק הדין Floyd vs. City of New York", המשפט ברשת: זכויות אדם - מבזק הארות פסיקה 17 5 (2013), www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/17/17_november_2013_3_sub.pdf

² Mara Gey, Greg B. Smith, and Daniel Beekman, *Bloomberg blasts stop-and-frisk judge as 'some woman' who knows 'zero' about cops*, N.Y DAILY NEWS (Aug. 16, 2013), <http://www.nydailynews.com/new-york/bloomberg-blasts-stop-and-frisk-judge-zero-article-1.1429166>



אותה מדיניות. 770 כלי נשק נשמע אולי מספר גבוה ואף מרשים, אך בהינתן שבאותה שנה בוצעו 686,000 עיכובים – כ-0.1% מסך כל העיכובים. נתון זה מחזק את טענת בית המשפט, שהמטרה כנראה מחפשת במקומות הלא נכונים.³ יתרה מזו, הפשיעה בעיר ניו-יורק החלה לרדת עוד לפני תקופתו של בלומברג, ואף לפני אימוצה של מדיניות העיכוב.⁴ מאידך, גם קביעותיו של בית המשפט אינן נקיות מביקורת. שיעור המעצרים שנבע מהעיכוב עמד על 6%, ובית המשפט השתמש בנתון זה כדי להמחיש את הבעייתיות שבשימוש בקריטריונים עמומים כמו "תנועה חשודה" או "בליטה חשודה". עם זאת, נתון של 6%, כשלעצמו, אינו אומר לנו יותר מדי. אם שיעור הפשיעה הכללי גבוה מ-6% הרי שמדובר במדיניות בלתי-יעילה בעליל. אבל אם שיעור הפשיעה באוכלוסייה הוא, למשל, 1%, הרי ששיעור מעצרים של 6% הוא מרשים.

בהארה קצרה זו אינני מבקש להיכנס לעובי המחלוקת בין בלומברג והמטרה לבין בית המשפט והתובעים. השאלה אם מדיניות העיכוב והחיפוש (או, כפי שקרא לה בית המשפט, מדיניות הפרופילינג העקיף) יעילה במציאת חשודים אותנטיים ומניעת פשיעה היא שאלה חשובה, אך לא אעסוק בה באופן ישיר. כמו כן אין בכוונתי לערוך ניתוח חוקתי של הדין האמריקני כדי לבחון אם צדק בית המשפט, מבחינה משפטית, בפוסלו את המדיניות. תחת זאת, אבקש להעיר שלוש הערות קצרות בשולי פסק הדין: האחת, תתבונן בשימוש במונה היעילות כדי למדוד את האפקטיביות של טכניקת הפרופילינג. השנייה, תבחן את הלוגיקה המוסדית השונה שהנחתה את המטרה באימוץ מדיניות העיכוב לעומת הלוגיקה המוסדית שהנחתה את בית המשפט. השלישית, תתמקד בתרופה החוקתית. לבסוף אתייחס בקצרה להשלכות פסק הדין, ככל שישנן כאלה, על המצב המשפטי בישראל.

ב. יעילות

בהנחה (שלא הייתה נתונה במחלוקת) שמדיניות המשטרה התבססה על פרופילינג גזעי, הייתה יכולה לעלות השאלה אם מדיניות זו יעילה ויש בה כדי למנוע פשיעה. למעשה, זו הייתה טענתה של המשטרה לכל אורך הדרך. המשטרה טענה שלא התכוונה להפלות, אלא רק בחרה את האסטרטגיה שלפי דעתה מביאה לתפיסה מקסימלית של עבריינים. לו היו נתוני הפשיעה מראים שהאוכלוסייה הלבנה, או אוכלוסיית הנשים, או אוכלוסיית הזקנים, או אוכלוסיית הגבוהים, היא זו שעומדת מאחורי רוב מקרי הפשיעה בניו-יורק, אזי המשטרה הייתה מתמקדת באוכלוסייה זו.

³ Ailsa Chang, *Map: NYPD Finds Most Guns Outside Stop-and-Frisk Hotspots*, WNYC (July 16, 2012), <http://www.wnyc.org/story/222809-wnyc-map-police-find-guns-where-they-stop-and-frisk-less/>

⁴ בארצות הברית נרשמה ירידה דרסטית בהיקף הפשיעה בסוף המאה העשרים, והחוקרים חלוקים לגבי הסיבות לכך. הגברת השיטור והכליאה, כשלעצמה, הפחיתה את כמות הפשיעה, אולם אין ביכולתה להסביר את הירידה כולה, ודאי שלא במקומות שבהם השיטור לא הוגבר. לצד פעילות משטרתית, חוקרים קושרים את הירידה בפשיעה לשינויים דמוגרפיים, הגירה, צמיחה כלכלית, ועוד. ראו, למשל, ALFRED BLUMSTEIN & JOEL WALLMAN, *THE CRIME DROP IN AMERICA* (2006); FRANKLIN E. ZIMRING, *THE GREAT AMERICAN CRIME DECLINE* (2007).



ניתן היה, אפוא, לפתח דיון על אודות יעילותה של מדיניות הפרופיילינג. דיון כזה אכן קיים בספרות, אך אף על פי שהוא חורג מענייננו, ניתן לומר שהשאלה על אודות היעילות כפי שניסחה אותה המשטרה הייתה שגויה, או לכל הפחות חלקית. השאלה איננה אם הפרופיילינג הגזעי מתמקד באוכלוסייה הנכונה, אלא מהן התוצאות הקונקרטיות של התמקדות זו. תוצאות אלה רבות ומגוונות, ואינן מתמצות אך ורק בתפיסת "האנשים הנכונים". כך, למשל, בית המשפט היה יכול לשאול מהן התוצאות ארוכות הטווח של שימוש בכלי זה. אף אם בטווח הקצר המשטרה עוצרת את החשודים הנכונים, יכול מאוד להיות שהמדיניות תעורר תחושה של הדרה ופגיעה בכבוד, בשוויון ובפרטיות שתגרום הן לנזק אקספרסיבי, שכן היא מזכירה לאוכלוסייה הנפגעת את מעמדה השברירי ביום יום, והן תקשה בעתיד על המשטרה להילחם באופן אפקטיבי בפשיעה.⁵ יכול להיות שהקהילה השחורה וההיספאנית, במקום שתסייע למשטרה, תסרב לשתף עמה פעולה, מה שרק צפוי להחמיר את רמת הפשיעה באותם אזורים שממילא סובלים מפשיעה גבוהה יחסית.⁶ אפשרות נוספת היא שעצם השימוש בפרופיילינג גזעי יכול לגרום לניכור חברתי ולאיבוד אמון במערכת הצדק הפלילי וגם בכך להגביר את רמת הפשיעה.⁷ זאת ועוד, כפי שטען Bernard Harcourt, אפילו אם שימוש בפרופיילינג יצליח לאתר עבריינים, הרי שבטווח הארוך הם יוכלו להסתגל לשינוי. כך, הגברת אמצעי הביטחון בשדות תעופה אכן הובילה לצמצום במספר החטיפות, ובה בעת הביאה לעלייה בהתקפות טרור ביעדים אחרים. הגברת האבטחה בשגרירויות אכן גרמה לירידה בתקיפות על יעדים אלה, אך הביאה לעלייה בהתנקשויות במקומות אחרים.⁸ לבסוף, התמקדות באוכלוסייה "ייעודית" עשויה לצמצם את רמת הפשיעה בקרב אותה אוכלוסייה, אך להגבירה באוכלוסייה אחרת, היודעת שהמשטרה איננה מתמקדת בה. וכך, במקום להתמקד באוכלוסייה בעלת סיכוי שווה להירתע או לבצע פשע, מתמקדת המשטרה רק בקבוצה

⁵ לטיעון דומה בהקשר של פרופיילינג ראו את המאמר התאורטי של Mathias Risse and Richard Zeckhauser, *Racial Profiling*, 32 PHIL. & PUB. AFFAIRS 231 (2004). לגיבוי אמפירי של טענה זו, ראו Badi Hasisi, Yoram Magalioth & Liav Orgad, *Ethnic Profiling In Airport Screening: Lessons from Israel 1968-2010*, 14 AM. L. & ECON. REV. 517 (2002). בהקשר האמריקני, ראו David A. Harris, *Factors for Reasonable Suspicion: When Black and Poor Means Stopped and Frisked*, 69 IND. L. J. 659 (1994).

⁶ על היחס החיובי שבין אמון במשטרה לסיוע למשטרה ראו TOM TYLER AND YUEN HUO, TRUST IN THE LAW: ENCOURAGING PUBLIC COOPERATION WITH THE POLICE AND THE COURTS (2002).

⁷ על החשיבות שבשקילת שיקולים ארוכי טווח, הקצאה יעילה של כוחות שיטור, והשפעת השימוש בטכניקת הפרופיילינג על הפשיעה עצמה ראו Bernard E. Harcourt, *Rethinking Racial Profiling: A Critique of Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature, and of Criminal Profiling More Generally*, 71 U. CHI. L. REV. 1275 (2004); Bernard E. Harcourt, *The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Turn of the Twenty-First Century*, 70 U. CHI. L. REV. 105 (2003).
⁸ ARCHON FUNG, EMPOWERED PARTICIPATION: REINVENTING URBAN DEMOCRACY (2004).

⁸ Bernard E. Harcourt, *Muslim Profiles Post 9/11: Is Racial Profiling an Effective Counterterrorist Measure and Does it violate the Right to be Free from Discrimination?*, in SECURITY AND HUMAN RIGHTS 73 (Benjamin Goold and Liora Lazarus eds., 2006).



שחברים רבים יותר ממנה מעורבים בפעילות עבריינית, מבלי שיש בכך קורלציה לסיכויי ההרתעה.⁹ מעבר לשיקולים ארוכי הטווח שבשימוש בפרופילינג, יש גם מקום לבחון אם המשטרה הקצתה את משאביה באופן היעיל ביותר, שכן אפילו אם מדיניות הפרופילינג מסייעת באיתור עבריינים, ייתכן שהקצאת משאבים שונה הייתה מסייעת אף יותר.

משכך, בחינת "יעילות" המדיניות מבלי שנערכה בחינה של אותה מדיניות בהקשר רחב יותר (בדיקת השפעות ארוכות טווח, פרופילינג כמגביר ניכור ופשיעה, הנזק האישי והחברתי שבפגיעה בזכויות חוקתיות, והשוואה למדיניות חלופית) לוקה בחסר משמעותי שמקשה על מתן תשובה לשאלה, אם מדיניות הפרופילינג "יעילה". בהיעדר נתונים נוספים, מושג היעילות בהקשר זה הוא מושג ריק מתוכן, וממילא אינו מאפשר בחינת יחסי עלות-תועלת מלאה.

ג. לוגיקה מוסדית

שאלת היעילות, ככל שהיא חשובה למתכנני המדיניות, לא הטרידה את בית המשפט. אדרבא, בית המשפט טען כי גם אם המדיניות הייתה מתבררת כיעילה, הרי ששיקולים אלה אינם ממין העניין לצורך בחינת חוקיותה של המדיניות.¹⁰ בית המשפט ניתק, אפוא, בין אפקטיביות לחוקיות. במילים אחרות, פעולה משטרתית יכולה להתקיים רק במתחם החוקיות, בין אם היא אפקטיבית או לאו, ומבלי שהאפקטיביות הנטענת מקרינה על חוקיותה.

בניתוח זה, כמובן, אין כל חדש. בפנינו המקרה הפרדיגמטי של ביקורת שיפוטית. בית המשפט אינו מתיימר להביע דעתו על תוכן המדיניות (טובה או לא טובה, יעילה או לא יעילה), אלא רק לבחון אם היא פועלת במסגרת החוקתית אליה היא כפופה. זוהי דוגמה סטנדרטית להעדפה של שיקולים לא אינסטרומנטליים על פני שיקולים תוצאתיים אינסטרומנטליים.¹¹ עם זאת, טענתי היא שהעובדה שהמשטרה נקטה בגישה אינסטרומנטלית ואילו בית המשפט העדיף גישה לא אינסטרומנטלית איננה מקרית, אלא נובעת מלוגיקה מוסדית שונה. לשון אחר, פעמים רבות אופי החשיבה וההנמקה (reasoning) הוא תלוי מוסד.

מוסדות שונים מאמצים דפוסי חשיבה קולקטיביים שונים, שבהם טיעונים מסוימים נחשבים יותר מטיעונים אחרים. מאפיין עיקרי של מוסד הוא הלוגיקה שבו הוא משתמש כדי להצדיק את החלטותיו. כאמור, בית המשפט אינו מתעניין בשאלה אם המדיניות אפקטיבית או אם היא מצליחה להפחית את רמת הפשיעה. אכן, הוא

⁹ Yoram Margalioth & Tomer Blumkin, *Targeting the Majority: Redesigning Racial Profiling*, 24 YALE L. & POL'Y REV. 317 (2006).

¹⁰ Floyd v. City of New York, 2013 WL 5225319, at *2 (S.D.N.Y. Sep 17, 2013) (NO. 08 CIV. 1034 SAS, 12 CIV. 2274 SAS).

¹¹ יודגש כי ככל הנראה ניתן היה להצדיק את פסק הדין גם מהגישה התוצאתנית, אך בית המשפט בחר שלא ללכת בכיוון זה.



דוחה במפורש כל דיון תוצאתי לטובת בחינת השאלה אם המדיניות תואמת את הסטנדרטים החוקתיים הרלוונטיים. המשטרה, לעומת זאת, כפרה באופן חשיבה זה. פסק הדין מראה כי המשטרה כלל לא לקחה בחשבון שיקולים חוקתיים לכל אורך התקופה שבה מספר העצירות עלה ב-700 אחוז. למשל, כאשר המשטרה דנה באפקטיביות של דוחות העצירה והחיפוש, היא מעולם לא בחנה את השאלה אם לאותן עצירות קדם חשד סביר שהצדיק את קיומן. במקום זאת, המשטרה בחנה אם העצירות הולמות את תמונת הפשע הכללית ויש בהן כדי לאתר עבריינים פוטנציאליים, ואילו זכויותיהם של הנעצרים כמעט שלא נלקחו בחשבון. מנגד, בית המשפט מאמץ לשון, תפיסה וזהות שונות – דאונטולוגיות, אשר במודע מתעלמות מאפקטיביות הצעדים שהמשטרה נוקטת.

כמובן שמהבחינה הפורמלית המשטרה לוקחת בחשבון שיקולים חוקתיים, ולו מהטעם שפעולותיה עומדות פעמים רבות לביקורת שיפוטית.¹² ואולם יש להבחין בין ההתרבות המוצהרת, הפורמלית, לבין זו הלא פורמלית שמחלחלת עד לאחרון שוטרי הסיוור המבצעים את העיכובים. התרבות הלא פורמלית היא אוסף ההקשרים והאינטראקציות האישיות בארגון, אשר אינן באות לידי ביטוי במבנה הפורמלי שלו, אך משפיעות על האופן שבו הוא מתפקד, ואף מובילה לשינוי מטרותיו.¹³ כך למשל, תרבות לא פורמלית באה לידי ביטוי בסולידריות בין חברי הארגון ובהבניית מוניטין, אבל גם בהגנה מפני התערבות חיצונית והתנגדות לשינוי הנכפה מבחוץ. יהיה קושי אפוא בביצוע פעולות שאינן מוגדרות כחלק מהתרבות הארגונית ויש בנתון זה כדי להסביר את הפער בין התרבות הפורמלית של המשטרה, המקפידה על זכויות חשודים ושלטון החוק, לבין התרבות הלא פורמלית, זאת שאינה מנוסחת במפורש בשום תחנת משטרה. האחרונה חותרת לצמצום הפשיעה גם כאשר היא מלווה בהפרת זכויות חוקתיות, דוגמה לכך היא ביצוע הפרופיילינג על אף נהלים ברורים שאסרו על פרופיילינג גזעי. אולם, מצד שני היו לה נהלים לא כתובים שעודדו שוטרים להתמקד ב"אנשים הנכונים, בזמן הנכון ובמקום הנכון". אלה היוו שם קוד לפרופיילינג, לעצירה בלתי-מידתית של אנשים שחברים בקבוצות המיוצגות באופן משמעותי בנתוני חשודים של המשטרה.¹⁴

החשיבה החוקתית הסטנדרטית, הנמצאת בבסיסו של פסק הדין, אמורה לשקף גם את העקרונות בבסיס פעולות המשטרה. אכן, כלל לא אמור להיות הבדל בין הרשויות שכן שתיהן כפופות לאותה מערכת דינים. אולם השונות המוסדית בין משטרה לבית משפט גוזרת בהכרח גם לוגיקה מוסדית נפרדת ואופן חשיבה שונה.

ראו, למשל, Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 601 (2012); Ashley Deeks, *The Observer Effect: National Security Litigation, Executive Policy Changes, and Judicial Deference*, FORDHAM L. REV. (forthcoming), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2338667

Philip Selznick, *An Approach to a Theory of Bureaucracy*, 8 AM. SOC. REV. 47 (1943)

פרשת **Floyd**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 82.



מנקודה זו נגזרת תובנה נוספת לגבי עקרון הפרדת הרשויות. עקרון הפרדת הרשויות אינו מתמצה בכך שקיימת רשות שבודקת רשות אחרת. הסיבה שעקרון הפרדת הרשויות יכול להיות אפקטיבי היא כי רשות אחת חושבת באופן שונה מרשות אחרת. היא מפעילה לוגיקה שונה, הנמקה אחרת, ואופן חשיבה אחר, מה שאמור להבטיח בדיקה אפקטיבית. אם שתי הרשויות מפעילות את אותו הליך חשיבה והנמקה, הרי שכלל שיהיה הבדל ביניהן, הבדל זה יהיה רלוונטי רק לגבי יישום העקרונות שממילא קיימת לגביהם הסכמה. זוהי תפיסה רזה של איזונים ובלמים. תפיסה עבה של איזונים ובלמים והפרדת רשויות תבקש ליצור מוסדות שגם חושבים באופן שונה מבחינת הלוגיקה המוסדית שהם מפעילים, במטרה לייצר שוני גדול בתוצאה, שתהיה גם מורכבת יותר. לכן, לצד הבעייתיות החוקתית שבהפעלת שיקולים אינסטרומנטליים על ידי המשטרה, ניתן גם לטעון שיש יתרון בקיומן של לוגיקות מוסדיות שונות, ובכך שהמשטרה פועלת באופן אינסטרומנטלי בעיקרו מול הפעולה הדאונטולוגית של בתי המשפט.

הבעייתיות בפעולת המשטרה במקרה זה איננה בהחלטתה לפעול באופן אינסטרומנטלי. הבעייתיות נעוצה בכך שהמשטרה בחרה, במסגרת השיקול התועלתני, לבחון עלויות מסוג אחד – מבחינת המשטרה, המבחן להצלחתה הוא אם מאמציה מביאים להפחתה בפשיעה. אולם, זה מבט חלקי וחסר, שכן יש בו הסתכלות רק על ממד הפשיעה, ולא על כלל העלויות החברתיות הנובעות ממדיניות העיכוב והחיפוש. כך, כאשר אדם חש שהמשטרה מעכבת אותו רק על בסיס צבע עורו, כבודו נפגע, הוא מושפל ונוצר ניכור בינו לבין המדינה האמורה להגן על זכויותיו. במבט רחב יותר, נוצר ניכור בין קבוצות באוכלוסייה שיש בו כדי לפגוע, בסופו של דבר, בסולידריות החברתית הנדרשת לשגשוג חברתי. עלות זו לא נלקחה בחשבון על ידי המשטרה. נשאלת השאלה מדוע, וסיבה אפשרית אחת היא שמשטרה שמתרכזת במאבק בפשע איננה מתפנה לחשוב על השלכות פעולותיה כאשר אלה מתרחשות בספרה אחרת. זוהי טעות, כמובן, משום שיש יחס דיאלקטי בין סולידריות חברתית לפשיעה. באופן דומה, ייתכן שהמשטרה תופסת את עצמה, מבחינה מוסדית, כאמונה רק על מטרה אחת, או על מספר מצומצם של מטרות כאשר יחסי מטרה-קהילה אינם תופסים מקום בראש סדר העדיפויות. אך גם כאן מדובר בתפיסה מיושנת שאינה מאפיינת משטרה מודרנית. ייתכן שתחשיב תועלתני מורכב יותר היה מביא את המשטרה לאימוץ מדיניות עיכוב וחיפוש שונה, וייתכן שלא. אולם הנקודה לגבי הלוגיקה המוסדית בעינה עומדת, שכן, כפי שנראה מיד, תכליתה של התרופה המוסדית (שנובעת מהלוגיקה המוסדית של בית המשפט) היא לגרום למשטרה להפנים את עלויות התנהגותה.

ד. תרופות חוקתיות

בית המשפט היה יכול לסיים את פסק דינו בפסילתה של מדיניות העיכוב והחיפוש ולהחזיר את הכדור למשטרה או למחוקק. תרופות חוקתיות הן בדרך כלל בינאריות – המדיניות הנתקפת נפסלת או נותרת בתוקף. במקום זאת, בית המשפט בחר באסטרטגיה שמטרתה לכפות על המשטרה להגיע להסדר חדש, תוך שהוא מספק לה את הכלים



לעשות כן. בכך בחר בית המשפט להצטרף למסורת ותיקה, אך מעוררת מחלוקת, של ביצוע רפורמה מוסדית. פסק הדין בחלקו האופרטיבי מצטרף אפוא לפסקי דין בארצות-הברית, בעיקר מאמצע המאה ה-20, אשר ניסו לתקן הפרות חוקתיות סיסטמטיות במוסדות ציבור באמצעות פיקוח שיפוטי מתמשך ואינטגרטיבי.¹⁵ בית המשפט מינה מפקח מטעמו, עורך דין מהסקטור הפרטי, שיפקח על הליך הרפורמה והטמעתה במשטרה כך שתתאם לסטנדרטים החוקתיים. כן הורה על תכנית ניסיונית במספר אזורים (אלה בעלי מספר העיכובים הרב ביותר) שבה שוטרים יצוידו במצלמות על גופם כדי שניתן יהיה לפקח מקרוב על הליך העצירה ולהסיק מסקנות מתאימות במקום להסתמך רק על גרסת השוטר או הנעצר. לבסוף, בית המשפט חייב את המשטרה לפתוח בדיאלוג עם הקהילה בליווי מגשר ממונה מטעמו.

לכאורה, מדובר בהתערבות מוגבלת. מחד גיסא, בית המשפט אינו קובע כיצד התכנית צריכה להיראות, אלא קובע את כללי המשחק שבמסגרתם ייקבעו הכללים המהותיים. מאידך גיסא, בית המשפט ממנה את עצמו למלווה של התהליך. מעתה יהיו הצדדים כפופים לפיקוחו המתמשך של בית המשפט, הם יהיו חייבים בדיווחים קבועים, ובית המשפט יידרש לאשר צעדים רבים, קטנים וגדולים, בדרך לרפורמה. היתרון בתרופות מסוג זה הוא שיש באפשרותן לעקוף את הבעיות האינהרנטיות שבתהליך הפוליטי, כגון היעדר ייצוג לקבוצות מוחלשות (במקרה זה אוכלוסיית השחורים וההיספאנים). מנגד, מעורבות מתמשכת זו זכתה בעבר לביקורת חריפה מצד אלה המבקשים להגביל את כוחו של בית המשפט להכרעה בסכסוכים קונקרטיים, להבדיל מייזום וליווי של רפורמות מוסדיות, אשר בדרך כלל אורכות שנים רבות. ההתנגדות מבוססת, בדרך כלל, על שני טעמים: האחד, בית המשפט חסר את המסוגלות המוסדית להכריע סכסוכים מורכבים, בעלי היבטים רבים (כלכליים, פוליטיים ומקצועיים). השני, בית המשפט חסר את הלגיטימציה המוסדית להכריע בסכסוכים אשר בפועל יחייבו אותו לנהל חלקים נרחבים מהרשות המנהלית, ואשר מוטב היה שיוכרעו בדרכים הפוליטיות הרגילות.¹⁶

הניסיון האמריקני עם תרופות מסוג זה, אשר נקראות כיום בשם הכולל "תרופות אקספרימנטליות",¹⁷ הוא מעורב. לצד התערבויות שיפוטיות מוצלחות ברפורמה של בתי ספר, בתי סוהר ומוסדות לחולי נפש, קיימים גם כישלונות באותם תחומים. קשה מאוד לנבא, בשל המורכבות וריבוי הגורמים, מתי התערבות שיפוטית מסוג זה

¹⁵ לפיתוח מודלים אלה של שפיטה בסכסוכים ציבוריים, ראו והשוו Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976); Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 953 (1978).

¹⁶ להתנגדויות ברוח זו ראו למשל, GERALD N. DONALD L. HOROWITZ, *THE COURTS AND SOCIAL POLICY* (1977); ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991).

¹⁷ יש לציין שתורפות חוקתיות מהסוג שמוזכר כאן היו קיימות לפני גישת האקספרימנטליזם, אולם כיום הן נפלות תחת הגג הכללי של גישה זו. ראו Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 COLUM. L. REV. 267 (1998). מקורותיה האידאולוגיים של התנועה האקספרימנטלית נמצאים בזרם הפרגמטיזם, וההשראה לקוחה בעיקר מכתביו של ג'ון דיואי. ראו Mark Tushnet, *Reflections on Democratic Experimentalism in the Progressive Tradition*, 9 CONTEMP. PRAGMATISM 255 (2012).



תצליח. במידה רבה, הדבר תלוי בנכונות הצדדים, ביכולתם של המומחים שממונים על ידי בית המשפט וברצונו וביכולתו של בית המשפט לכפות על הצדדים להתארגן במסגרת דיונית המחויבת לרפורמה עמוקה לאורך זמן. בשל מורכבות העניין, הקשיים הפוליטיים, העלות הגבוהה, והמשאבים השיפוטיים הנדרשים, מדובר פעמים רבות בהימור מחושב, קל וחומר כאשר קיימת התנגדות מצד המדינה למעורבותו של בית המשפט.

בשלב זה, קשה לומר מה תהיה התוצאה במקרה של מדיניות העיכוב והחיפוש. בניגוד למקרים דומים של רפורמה מוסדית, בה בית המשפט מוציא צו בהסכמת הצדדים (consent decree), משטרת ניו-יורק התנגדה למעורבותו של בית המשפט. התנגדות זו, בתורה, עלולה להציב קושי משמעותי בפני הטמעת רפורמה מוצלחת. בשים לב לנקודה הקודמת בדבר תרבות לא פורמלית, הרי שגם אם משטרת ניו-יורק תשתתף במתווה שקבע בית המשפט, השתתפות זו עלולה להיות סימבולית ולמראית עין בלבד, מבלי שתחלחל לכל שדרת הפיקוד עד לאחרון השוטרים. בסופו של יום, כוחו של בית המשפט מוגבל, והרצון לייצר רפורמה משמעותית תלוי בשיתוף הפעולה בין כל הצדדים. יחד עם זאת, ככל שהמהלך יניב תוצאות משמעותיות, הרי שהדבר יכול לייצר best practices שיוכלו להנחות משטרות במקומות אחרים המתמודדות עם בעיות דומות, ואף זה יתרון של ההליך האקספרימנטלי, שכתוצאה מההליך הדיוני המאורגן, המערב מספר רב של גורמים בליווי מקצועי צמוד, עשוי להתקבל פתרון מוצלח שלא היה מתקבל בערוצים אחרים.¹⁸

ה. ומה בישראל?

מהן ההשלכות, ככל שישנן כאלה, של פסק הדין בעניין Davis למצב בישראל? השימוש הנפוץ ביותר בפרופיילינג בישראל מתבצע בשדה התעופה, ואף כי המדינה אינה מודה בכך מפורשות, מספר רב של עדויות ואי-הכחשה של המדינה, מאשרות את מה שרבים "יודעים".¹⁹ ערבים המגיעים לשדה התעופה זוכים ליחס שונה.²⁰ מחקר אמפירי מקיף של ד"ר באדי חסיסי, פרופ' יורם מרגליות וד"ר ליאב אורגד, אשר סקר את תחושותיהם של נוסעים (יהודים, ערבים, ואחרים) מאשש את תחושות ההשפלה, הפגיעה בכבוד, בשוויון ובהליך ההוגן של ערבים העוברים את מנגנון הבידוק, ובפרט בשלב הבידוק השני של פתיחת מזוודותיהם. בשלב זה, 40% ממזוודותיהם של

¹⁸ ראו, למשל, David Zaring, *National Rulemaking Through Trial Courts: The Big Case and Institutional Reform*, 51 UCLA L. REV. 1015 (2004).

¹⁹ בתשובת המדינה לעתירה נגד הפרופיילינג בשדה התעופה, המדינה לא הכחישה "כי קיימות רמות בידוק בטחוני שונות לנוסעים בשדות התעופה בהתאם לרמת האיום בכוח הנשקפת מהם. רמת איום זו נקבעת [...] לא רק בהתבסס על מידע קונקרטי המתייחס לאדם מסוים אלא גם בהתבסס על מאפייניו של הנוסע בהיבטים שונים, ובהתחשב במתאם הסתברותי בין מאפייניו מסוים או צירוף של מאפיינים לבין מעורבות בפעולות טרור".

בג"ץ 4797/07 *האגודה לזכויות האזרח נ' רשות שדות התעופה*, פס' 1 להחלטתה של הנשיאה דורית ביניש (פורסם באר"ש, 22.5.2012).

²⁰ ראו ברק מדינה ואילן סבן "אזרח ערבי כחשוד תמידי – פרופיילינג בשדות התעופה" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטת חיפה (2008) haifalawfaculty.blogspot.co.il/2008/03/blog-post_29.html



ערבים נפתחו, לעומת 9.8% ממזוודותיהם של יהודים, ונמצא כי שלב זה מסביר בעיקרו את הפערים בתחושות בין ערבים לשאר הנוסעים.²¹

בעתירה, שהוגשה בשנת 2007, תקפה האגודה לזכויות האזרח את השימוש במדיניות הפרופיילינג בשדה התעופה. בהחלטה מחודש מאי 2012 קבע בג"ץ כי העתירה טרם בשלה להכרעה, לאור שינויים מתוכננים בנהלי האבטחה. כך, המדינה קיבלה החלטה שכבודת נוסעים תיבדק שלא בנוכחותם, מתוך מטרה לצמצם את תחושות ההשפלה של נוסעים שמזוודותיהם נבדקות בנוכחות יתר הנוסעים. כזכור, שלב זה היווה את הנקודה הרגישה ביותר מבחינת התחושות של הנוסעים הערביים.²² כן הודיעה המדינה על רפורמות מתוכננות נוספות, שאמורות היו להיכנס לפעולה במהלך שנת 2013. לאור זאת, הקפיא בג"ץ את הדיון בעתירה מתוך כוונה לחדשה עם סיום הרפורמות. לקראת סוף שנת 2013, העתירה עדיין תלויה ועומדת. המזוודות עדיין נבדקות בנוכחות הנוסעים, אם כי נערכו מספר ניסיונות עם מערכת הבידוק החדשה.

בהנחה שבג"ץ יידרש לפסוק לגופו של עניין, מה תהיה השלכתו של פסק דין Floyd? כאמור, קיימת מדיניות של פרופיילינג בשדה התעופה, וקיימות גם ראיות אמפיריות על הפגיעה בזכויות חוקתיות הבאות לידי ביטוי בעיקר בתחושות של פגיעה בכבוד, שוויון ופרטיות. גם בהנחה שמדיניות הביטחון החדשה תפחית את ההשפלה שחווים נוסעים ערביים, כלל לא ברור שיש בכך כדי להקהות את הפגיעה החוקתית. שימוש בקריטריונים אסורים כגון גזע והשתייכות לקבוצה אתנית הנם פסולים כמעט תמיד, בין אם הקורבן מושפל, ובין אם הפגיעה מובאת לידיעתו.²³ היה ויוחלט שרשות שדות התעופה אינה רשאית לבצע הבחנות על בסיס גזע, הרי שאין זה משנה, מבחינת הפגיעה בזכות החוקתית,²⁴ אם אותה הבחנה מתבצעת בחדר נפרד ובהיעדר הקורבן. הפגיעה החוקתית נובעת מעצם הסיווג. הוא הפסול. אופן יישומו של הסיווג יכול שיהיה חשוב לצורך בחינת המידתיות, אבל בחינה זו מגיעה רק לאחר שכבר קבענו כי הזכות החוקתית נפגעה. כזכור, בפסק-דין Floyd הפגם החוקתי נבע מייחוס חשדות לאינדיבידואל אך מפני שהוא משתייך לאוכלוסייה שבה הפגיעה קיימת בשיעור גבוה יותר. ובהשוואה לענייננו, אפילו אם בקרב אוכלוסיית המפגעים ערבים מהווים אחוז גבוה יותר משאר הגזעים או המוצאים, אין בכך כדי להטיל חשד על אדם אשר כל חטאו מסתכם בהשתייכותו לקבוצה זו. כפי שקבע בית המשפט בניו-יורק, נדרש חשד סביר כלפי האדם הקונקרטי, ולא חשש כללי שנובע אך מהשתייכות לקבוצה דמוגרפית.

21 Hasisi, Margalioth & Orgad, לעיל ה"ש 4, בעמ' 552.

22 פרשת האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 17, פס' 2 להחלטתה של הנשיאה ביניש.

23 יצוין שככל הנראה הפגיעה כן טובא לידיעתו, שכן יוכנס פתק למזוודות שבוצע בהם חיפוש.

24 כאמור, ברור שיש הבדל בתחושות הסובייקטיביות של הנבדק.



הכשרת המשך השימוש בקריטריונים גזעיים תאשר אפוא את מעמדם של אזרחיה הערבים של ישראלים כאזרחים סוג ב'. הפליה זו מצטרפת לשורה ארוכה של מנגנונים מדינתיים וחברתיים שמטרתם אחת – הבחנה בין הציבור היהודי לערבי, והדרתו של האחרון מהמרחב הישראלי הציבורי. בין אם מדובר במגורים נפרדים,²⁵ שוק העבודה,²⁶ או מערכת החינוך,²⁷ השימוש בקריטריונים גזעיים, במפורש או במובלע, גורם נזק של ממש לחברה הישראלית בכללותה, ולא רק לפרטים הנפגעים באופן ישיר.

חשיבותו של פסק דין Floyd היא בתמרור האזהרה שהוא מציב בפני החברה הישראלית. זוהי המחשה למה שיכול לקרות כשאנו מתייחסים לאדם כאל נתון סטטיסטי, שכל מה שמייחד אותו הוא השתייכותו לקבוצה חשודה, שבדרך כלל תהיה גם מוחלשת. תפיסה זו מחלחלת לא רק לאותו אדם הנפגע מהמדיניות הגזענית, אשר מפנים את מקומו החברתי באמצעות הזיקה למוצאו, אלא גם לשאר החברה, שלומדת להתייחס אליו ככזה, ולא כאל אדם הראוי לשוויון ולכבוד.

25 ראו, למשל, העתירה נגד מדיניות הקבלה המפלה ביישוב כרמית: בג"ץ 6320/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות מקרקעי ישראל; עתירה נגד חוק ועדות קבלה: בג"ץ 2311/11 סבה נ' הכנסת; וכמוכן פסק דין קעדאן: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

26 טליה שטיינר שוברים אי-שוויון – התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי (בהנחיית מרדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013).

27 נחום בלס וחיים אדלר אי-שוויון במערכת החינוך – ישראל 2009 – תמונת מצב (2009).